B. C. D.

DISSERTATIO JURIDICA

exhibens

QUÆSTIONES

ALIQUOT,

QUAM

SUB DIVINIS AUSPICIIS,

PRÆSIDE

DN. JOHANNE JACOBO SCHERZIO,

Pandect. & Juris Canonici Prof. Publ. Ord. & Cap. Thomani Canonico,

In Alma Argentoratensium Universitate

A. d. 27. Aug. A. C. CIↃ IↃCCXXXIII.

hor. & loc. consuetis,

SOLENNI Eruditorum censuræ submittit

JOHANNES LEONARDUS KIEN

Mittelbergheimensis.

ARGENTORATI,

LITERIS Heredum JOHANNIS PASTORII.

DEO,
PATRIÆ,
PARENTIBUS,
PATRONIS
ATQVE
AMICIS.

Q. D. B. V.

QUÆSTIO I.

An Jure Justinianeo uterinis etiam competat Querela inofficiosi Testamenti, si turpis persona ipsis sit prælata?

§. I.

FRatribus datur Querela inofficiosi, si eis turpis persona prælata sit (*a*), nisi ipsi turpitudine laborent (*b*)

A aut

(*a*) §. 1. *Inst. l.* 1. *ff. l.* 27. *C. de Inoffic. Test.*
(*b*) *Arg. l.* 11. *C. Eod. l.* 47. *ff. Sol. matr.*

aut ingratorum ignominiam ex tribus causis incurrant (*c*). Germanis autem illa datur & consanguineis extra omne dubium; Verum: An & uterini admittantur? quæritur. Jure Codicis plane illud ipsis ademtum legimus expressis verbis (*d*): *Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur.* Victoriam tamen aliquando à consanguineis obtentam & ipsis profuturam, dicunt communiter Doctores.

§. II.

Nobis vero stat sententia, Jure quidem novissimo & uterinos ad querelam inofficiosi contra testamentum fratris vel cum consanguineis vel sine eis instituendam admitti. Rationes nobis præter alias hæ sunt:

I. Notissima verissimaque est Regula: Cessante causa cessare effectum. Ratio, cur

(*c*) *Novell. XXII.* C. 47.
(*d*) *L.* 27. *Cod. de Inoff. Test.*

cur uterini Jure Veteri admissi non fuerint, cum consanguinei admitterentur, nititur discrimine inter agnatos & cognatos per Jus Vetus introducto, quod ex Legibus pluribus omnino patet. Discrimine hoc sublato, confusisque Jure novissimo *(e)* agnatorum & cognatorum juribus ratione successionis ab intestato, cessat ratio, cur uterinis facultas instituendæ querelæ inofficiosi data non fuerit. Qui enim eodem modo & eadem plane injuria læduntur, illi quin eodem modo & jure de læsione queri possint, & adjuvari debeant, nullum remanet dubium.

§. III.

II.dum Argumentum hoc est: Querela inofficiosi sequitur omnino ordinem successionum; itaque eo ordine datur, quo & successio ab intestato competit. Unde primo liberis, postea ascendentibus, & tandem fratribus conceditur. O-

A 2 lim

(e) *Nov. CXVIII. c. 4.* per verba: *sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare præcipimus* &c.

lim ſucceſſione devoluta ad fratres, uterini non ſuccedebant cum conſanguineis. Hinc non iis, ſed ſolis conſanguineis, querela inofficioſi competebat. Hodie (*f*) ſuccedunt una cum conſanguineis & eodem jure, nullo amplius ſervato diſcrimine. Ergo & ipſis, uti datur conſanguineis dabitur Querela inofficioſi contra teſtamentum fratris, in caſu turpis perſonæ inſtitutæ, movenda. Plane idem ſubolet DOMATUS ita dicens: (*g*) Comme Juſtinien avoit aboli la difference entre l'agnation & la cognation par la Novelle 118, pourquoi les freres uterins n'auroient-ils pas le même Droit? Mirandum igitur eſt, cur Praxis plurium locorum adhuc Legem Codicis abrogatam ſequatur.

QUÆ-

(*f*) *Nov. CXVIII. c.* 3. ita ſtatuit: *His* (ſcilicet Germanis) *autem non exiſtentibus, in ſecundo ordine illos fratres ad ſucceſſionem vocamus, qui ex uno parente conjuncti ſunt defuncto, ſive per patrem ſolum, ſive per matrem.*

(*g*) *Loix Civ. Livr. III. T. II. S. I. §. 14. in not.*

QUÆSTIO II.

An ex pluribus exheredatis unius, renunciantis Querelæ inofficiosi Testamenti, pars accrescat iis, qui Querelam instituunt?

§. I.

Fingamus Casum: Titius filios habet quatuor, quos omnes exheredat, caussa quidem ex Legibus desumtâ, sed in facto falsâ. Tres liberorum Querela inofficiosi Testamenti instituta ultimam voluntatem patris impugnant, Quartus nolens se immiscere litibus, Querelam, quam instituere posset, de industria omittit. Tribus ex instituta Querela vincentibus, quæritur: An pars, quam quartus habiturus omnino fuisset, si Querelam instituis-

ſet & cum reliquis viciſſet, accreſcat iis, qui in Querela inſtituta victores extiterunt.

§. II.

Nobis Affirmativa ſententia arridet.

I. Ob expreſſa verba PAULI (*h*); qui clare dicit, ejus portionem, qui conſtituit non agere, aut tempore excluſus eſt, accreſcere ei, qui Querelam inſtituit. Quæ deciſio adeo quæſtionem noſtram reſpicit, ut non poſſit præciſior eſſe, ſi ad noſtri caſus propoſitionem fuiſſet data.

II.do Quia præciſe dicitur, (*i*) *eum, qui renunciantis animo non venit ad accuſationem inofficioſi teſtamenti, partem non facere his, qui eandem Querelam movere voluerunt.* Imo ſi is, qui Querelam movit, obtinuerit, eum ſolum ex filiis in rebus humanis judicari. Quod ſi itaque tres filii in caſu noſtro, inſtituentes Querelam, victores

(*h*) In *l.* 23. §. 2. *ff. de Inoff. Teſt.*
(*i*) Ab eodem PAULO in *l.* 17. *pr. ff. Eod.*

ctores extiterint, ſoli judicabuntur ſupereſſe ex liberis, adeoque, quarto Querelam omittente mortuis annumerato, tota pars quam hic, ſi Querelam, conjunctis, cum reliquis, viribus inſtituiſſet, ſine dubio fuiſſet habiturus, accreſcet tribus in Querela inſtituta victoribus, ipſique ſoli totam acquirent hereditatem.

§. III.

Huic noſtræ ſententiæ objicitur quidem:

I. Quod teſtamento per Querelam inofficioſi reſciſſo, res redeat ad cauſam inteſtati (*k*). Nemo autem ex parte teſtatus & ex parte inteſtatus poteſt decedere. Cum vero exheredatio ex teſtati cauſa, deſcendat, filius vero victor in Querela inofficioſi ex cauſa inteſtati ſuccedat, ſequeretur conditorem teſtamenti inofficioſi, per Querelam unius vel plurium exheredatorum reſciſſi, uno eorum Querelam non

(*k*) *L. 6, §. ff. de Inoff. Teſt. l. 34. C. Eod.*

non movente, ex parte hujus teſtatum & ex parte reliquorum inteſtatum deceſſiſſe. Aſt huic objectioni parata eſt reſponſio; I.° Quia exheredatus habetur pro jam mortuo, imo pro nullo, cum res ad cauſam inteſtati veniat, mortuos vel pro mortuis habitos connumerandos non eſſe. 2. Ratione Regulæ: *Nemo ex parte teſtatus & ex parte inteſtatus poteſt decedere*, diſtinguendum eſſe inter id; quod venit ex teſtatoris intentione ab initio, & id, quod præter ejus intentionem & ex poſt facto contingit. Denique dicendum: eam Regulam non adeo eſſe univerſalem, ut non limitationem aliquam admittat, uti ex ſequentibus apparebit.

§. IV.

Objicitur II. quod inter duos exheredatos is, qui non queritur, partem ita faciat, ut alter in Querela victor, reſciſſo teſtamento, non totam ſed dimidiam tantum

tum

rum hereditatem capiat (*l*). Unde colligitur, ejus qui non queritur, portionem non accreſcere illi, qui querelam inſtituit & ita victor extitit. Ad hanc vero objectionem reſpondemus diſtinguendo cum SCHWENDENDOERFERO (*m*) inter eum, qui Querelam habuit & omiſit, qualis in noſtro caſu eſt, & inter eum, cui ob juſtam & æquam exheredationem Querela plane non competiit, de quo poſteriori accipiendam Legem 8. non immerito arbitramur.

§. V.

III. Noſtræ ſententiæ adverſatur, eum, qui jure ſuo, quod habet contra heredem, uti non vult, cenſendum eſſe pro renunciante ſuo favori, aſt in favorem heredis, non alîus. Jam autem, ſi omnes rite ſed inique exheredati omiſiſſent Querelam inofficioſi, quam movere cum effe-

B ctu

(*l*) L. 8. §. 8. *ff. de Inoff. Teſt.*

(*m*) Ad ECKHOLT. *Comp. Pandect. Tract. Tit. de Inoff. Teſt.* §. 8. *n.* 4.

ctu potuiſſent, commodum inde proveniens ſenſiſſet, & ſentire deberet heres Teſtamentarius ſolus, cum hujus tantum intuitu, hujus in gratiam heredes ab inteſtato quæſito ſuo juri renuntiaſſe videantur. Ergo etiam hoc locum habebit in caſu, ubi unus heredum ab inteſtato querelam non movet. Verum Reſpondemus breviter: Hæc ita procedere, ſi renuncians eſt heres unicus ab inteſtato, non vero, ſi alii legitimi coheredes adſint.

QUÆSTIO III.

An aliquis, non miles, ex parte teſtatus & ex parte inteſtatus poſſit decedere?

§. I.

QUæſtionem Domitianam primo intuitu diceres; ſiquidem generali Juris

Juris Romani enunciato & Regulâ in vulgus notâ, nemo ex parte testatus & ex parte intestatus possit decedere; Cujus Regulæ usus adeo frequens & obvius est, ut in universa hereditatum successionumque materia utramque sæpius paginam faciat, & ubique tamquam fundamentum plurimarum decisionum allegetur.

§. II.

Ea tamen non obstante, haud veremur asserere, dari casus eidem maxime derogantes. Ita Quæstio supra proposita & per leges ibidem a nobis allegatas decisa utique casum continet, quo aliquis ex parte testatus & ex parte intestatus decessisse dici poterit. Sed alium omnino casum profert ULPIANUS (*n*), in quo aliquem etiam ex parte testatum & ex parte intestatum decedere demonstrat. Casus hic est: Balbus, cui nec descendentes nec ascen-

(*n*) In *l.* 24. *ff. de Inoff. Test. Add. l.* 15. *in fin. l.* 19. *in med. ff. Eod.*

aſcendentes ſuperſunt, fratre, quem unicum habet, herede non inſtituto, Aulum, Cajum & Sempronium heredes inſtituit. Frater Querelam Inofficioſi movit ex eo capite, quod turpes perſonæ ipſi fuerint prælatæ, & contra Aulum & Cajum quidem obtinuit, Sempronio vero intentatam ignominiæ maculam inurere non potuit. Itaque Aulo & Cajo pro turpibus perſonis declaratis, Sempronio vero a turpitudinis ignominia abſoluto, ex eorum quidem parte teſtamentum reſciſſum & res ad inteſtati cauſam redacta fuit, ex hujus autem perſona voluntas teſtatoris effectu ſuo gaviſa eſt. Unde apparet clare, Balbum ex parte, intuitu nempe Sempronii, teſtatum & ex parte inteſtatum ratione fratris ſui, quippe qui ab inteſtato ſuccedit, deceſſiſſe.

§. III.

Cæterum, quod ſupra monuimus, in duobus hiſce caſibus non quidem ex intentio-

tentione teſtatoris & ab initio, ſed per accidens & ex poſt facto rem pro parte ad cauſam teſtati, pro parte ad cauſam inteſtati deveniſſe videmus: cum regula utique ita explicanda ſit, ut nemo intentione ſua & facto ſuo ex parte teſtatus & ex parte inteſtatus decedere dicatur. Verum & Juris diſpoſitione, non modo per accidens, non ſolum quoad caſtrenſia (*o*) adhuc hodie, (*p*) ſed etiam quoad pagana olim in quibusdam caſibus regula ſæpius allegata fallebat. PAULUS JCtus enim Libro Sententiarum caſum proponit (*q*). Scilicet, *qui voluntate ſua ſtuprum flagitiumque impurum patitur, dimidia parte bonorum ſuorum multatur, nec teſtamentum ei ex majore parte facere licet.* Quod ſi itaque ex aliqua tantum parte bonorum ipſi relictorum teſtari poterat, ſequitur eum non tantum per accidens & ex poſt

 facto,

(*o*) Vid. GOTHOFRED. *Comm. ad Reg. I.*
(*p*) *Per Leg. 6. 15. §. 4. & l. 37. ff. de Teſtam. milit.*
(*q*) Vid. *Collat. L[illegible] Moſaic. T. V.* de Stupratoribus.

facto, sed ipsa Juris dispositione pro parte testatum & pro parte intestatum decessisse. Ita nonnullis olim pro beneficio datum, ut pro parte dimidia testamentum facere potuerint, veluti servis publicis, notat PETRUS PITHOEUS (*r*).

QUÆSTIO IV.

An quinque nepotes ex duobus filiis præmortuis, nullo filiorum superstite, Legitimam accipiant semissem, an trientem?

§. I.

CAsum hunc ponimus: Sempronius filios gignit duos tantum, Aulum & Cajum, qui fato retrogrado ante patrem justa

(*r*) In *not. ad Collat. Leg. Mos. & Rom. l. c.*

justa naturæ persolvunt, ita ut Aulus tres, Cajus duos relinquat liberos, Sempronii nepotes. Sempronius paulo post filiorum suorum acerba funera fato fungitur, institutis ex legitima quinque nepotibus, & ex reliqua parte Balbo herede nominato. Quæritur nunc: Quotam hereditatis partem Legitima quinque nepotum efficiat, tertiam ne, an dimidiam?

§. II.

Cum Legitima tertia aut dimidia pars portionis ab intestato debitæ, & hinc quærendum sit, quomodo, si res devenisset ad causam testati, hereditas fuisset dividenda? tota res eo redibit, ut definiatur, an nepotes ex pluribus filiis impari numero relicti succedant in capita, an vero in stirpes? Anceps est Quæstio & a Doctoribus diversimode decisa.

§. III.

I. Quod qui æquali propinquitate contingit defunctum, æquali etiam jure ſuccedat, atque ita eandem quam alter portionem ex hereditate defuncti capiat. Cum itaque plures nepotes avo ſuperſtites ſoli, quia nemo defunctum propiore ſanguinis neceſſitudine contingit, ad ſucceſſionem vocentur, æquali a defuncto gradu diſtantes æqualem accipient hereditatis partem; injuſtum enim videtur eſſe, alterutrum nepotum debere gaudere majori portione, cum non gaudeat majori jure.

§. IV.

II. Quoniam reſpectu patriæ poteſtatis parente mortuo nepotes Jure Romano recidunt immediate in avi poteſtatem, ita ut ejus heredes ſui habeantur, & hinc ex ſua non ex patris perſona immediate & neceſſariò avo ſuccedant, conſequens eſt, ut & in ſucceſſione ab inteſtato jure ſuo & ex perſona ſua ſuccedant, atque ita

non

non ex parentum ſed ſuo numero ad hereditatem dividendam vocentur.

§. V.

III. Quia ceſſat in noſtro caſu jus repræſentationis, quod nihil aliud eſt, quam fictio juris, qua remotiores in parentis defuncti locum ſubintrare intelliguntur. Hoc autem opus non eſt, niſi gradu remotior cum propiore ſuccedat. Ad eum enim caſum jus repræſentationis videtur reſtringi a JUSTINIANO, (s) ita dicente: *Cum filius filiave, & ex altero filio nepos neptisve exiſtunt, pariter ad hereditatem vocantur: nec qui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur nepotes neptesque in patris ſui locum ſuccedere.* Ergo jus repræſentandi oritur ex ea ratione, quoniam *æquum eſt nepotes in patris ſui locum ſuccedere*, & reſtringitur ad eum caſum, ubi

tur: *Et quia placuit nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita sed in stirpes hereditatem dividi.* Ergo successio in stirpes pro basi habet jus repræsentationis, hæc vero pro fundamento agnoscit remotioris cum propiore successionem. Cessante hac, cessabit jus repræsentationis inter liberos, hoc vero sublato nec successioni in stirpes locus erit.

§. VI.

His non obstantibus nos successionem in stirpes eo in casu obtinere asserimus. Iniquum enim videtur I.° Nepotem, patris morte, in eam conditionem detrudi, ut minorem aliquando portionem accipiat, quam capturus fuisset mediate per patrem, si pater supervixisset, vel immediate, si quidam ex filiis aut filiabus defuncti simul successisset. Cum enim plures ex uno filio nepotes non plus capturi fuissent, quam unus aut pauci ex alio filio descendentes, si per patrem ad ipsos devoluta esset heredi-

hereditas, parum nobis æquitati juris convenire videtur, fata patris illis nimis luꝡuoſa eſſe, huic aut his nimis proficua. Neque videmus, cur quæſo mors patris præmatura, illos deterioris, hos melioris conditionis reddat.

§. VII.

II.° Studium æqualitatis, quod ſucceſſionis in capita inter nepotes introduꝡio pro fundamento habere videtur, non niſi apparent·r & fiꝡe locum in ea tuebitur, cum ma·ima omnino ſit inæqualitas, dare uni minorem portionem, quam habiturus fuiſſet, ſi, quod fati acerbitate nec ipſius culpa accidit, avi mortem non patris fata prævertiſſent, alteri vero ſine ejus merito majorem concedere portionem, quam abſque hoc caſu fuiſſet conſecutus.

§. VIII.

III.° Clare hoc Juris diſpoſitioni con-

SINIANUS expresse loquitur, statim post verba supra ex Institutionibus allegata: *Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat; ad tres vel ad quatuor altera dimidia.* Cui consentiunt DIOCLETIANUS & MAXIMIANUS, (*t*) ipsissimis verbis pro successione in stirpes sententiam ferentes: *Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato, non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt.* Ita & indistincte Jus novum (*u*) *tantam* descendentes filii præmortui *de hereditate avi morientis accipere partem* jubet, *quantam eorum parens, si viveret*, habuisset. Hinc generaliter concludere non dubitat GEORG. FRANSKIUS, (*vv*) omnem omnino successionem nepotum ex persona prædefunctorum parentum æstimari, & per

(*t*) *L. 2. Cod. de Suis & Legit. Hered.*
(*u*) *Novell. CXVIII. c. 1.*
(*vv*) *Ad Instit. Lib. III. cap. 5. n. 36.*

per conſequens, ſicut illi vivi ſinguli in æqualibus partibus aliquotis jus quæſitum habuerunt, ita præmortuis illis vivo avo, nepotes, in jus illud aſcendentis ſuccedentes, tantundem quoque conſequi, hoc eſt in ſtirpem quoque ſuam ſuccedere. Ex quibus ulterius non male forte infertur, in caſu, ubi ex diverſis ſtirpibus pronepotes vel remotioris gradus, æqualis tamen, deſcendentes adſunt, eoſdem pariter in ſtirpes ſuccedere, & tantam accipere partem, quantam ipſorum aſcendens, qui quæve filius vel filia defuncti, de cujus ſucceſſione quæritur, fuerat, ſi vixiſſet, conſequi debuiſſet, iterum in ſtirpes dividendam

§. IX.

Concordant hîc Jura Patria, Argentoratenſe Statutarium & Gallicanum, de illo quotidiana Praxis loquitur (*x*), de hoc vero Domatus (*y*): *Si tous* (inquiens) *les en-*

fans du premier degrez, etant decedez, ils ne restoit que des petits enfans de fils ou de filles, ces petits enfans succederoient par repræsentation de leur pere ou mere. Et quoy qu'ils fussent tous en pareil degrè, tous les enfans de chaque fils ou de chaque fille, en quelque nombre qu'ils fussent, n'auroient pour eux tous que la portion, qu'auroit eu leur pere ou leur mere. Hac igitur quæstione decisa facilis est nostri Casus dijudicatio. Scilicet, cum legitima portio mensuretur ad quantitatem portionis ab intestato debitæ, atque ita hîc successio fieret in stirpes per jus repræsentationis, & nepotes ex filiis habituri essent eam portionem, quam cepissent parentes ipsorum, si fuissent superstites, sicq; duæ modò stirpes sint, sequitur Legitimam non esse dimidiam sed tertiam hereditatis partem.

TANTUM.